



Open Access Repository
www.ssoar.info

Gefangen im "lock in"? Zur Pfadabhängigkeit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Schmidt, Susanne K.

Veröffentlichungsversion / Published Version

Zeitschriftenartikel / journal article

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Verlag Barbara Budrich

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Schmidt, S. K. (2010). Gefangen im "lock in"? Zur Pfadabhängigkeit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. *der moderne staat - dms: Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management*, 3(2), 455-473. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-61360-4>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-SA Lizenz (Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-SA Licence (Attribution-ShareAlike). For more information see: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0>

Susanne K. Schmidt

Gefangen im „lock in“? Zur Pfadabhängigkeit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Zusammenfassung

Der Aufsatz behandelt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Grundfreiheiten von Waren, Dienstleistungen, Arbeitnehmern und Niederlassungen aus politikwissenschaftlicher Sicht. Die ursprünglich für die Warenverkehrsfreiheit entwickelte Rechtsprechung hat einen pfadabhängigen Prozess in Gang gesetzt, der zu einer Übertragung auf die anderen Bereiche führte. Die in der Rechtsprechung zum Warenhandel gefundene Antwort auf die zunehmende Nachfrage, transnationale Wirtschaftsaktivität auch über nationale Regulierungsunterschiede hinweg zu ermöglichen, hat dort aber erhebliche re-distributive Konsequenzen. Dafür ist die Dienstleistungsrichtlinie ein prominentes Beispiel. Aufgrund der gerichtlich getroffenen Vorentscheidungen konnte deren ursprünglich vorgesehenes Herkunftslandprinzip trotz des großen politischen Widerstands im Legislativprozess nicht wesentlich abgeändert werden. Bei den anderen Grundfreiheiten ergeben sich vergleichbare Verteilungswirkungen.

Schlagworte: Europäischer Gerichtshof; Pfadabhängigkeit; Binnenmarkt; Grundfreiheiten

Abstract

Being „locked in“? The Path-Dependence of the Jurisprudence of the European Court of Justice

The article analyzes the case law of the European Court of Justice to the free movement of goods, services, workers and establishment from a political science perspective. The judicial interpretation originally established for the free movement of goods has led to a path-dependent process that resulted in a transfer to the other freedoms. However, the answer found for the freedom of goods on how to combine increasing transnational economic activity with persisting national regulations leads to significant redistributive consequences in these other realms. The services directive is a case in point. Given the existing case law, the country of origin principle that was so contentious in the legislative process could nevertheless hardly be changed. Similar redistributive concerns can be shown for the other fundamental freedoms.

Key words: European Court of Justice; path dependency; internal market; economic freedoms

1. Einleitung¹

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ist in der letzten Zeit stark kritisiert worden (vgl. *Editorial Comments* 2008).² Urteile wie *Laval*, *Viking*, *Rüffert* und *Luxemburg* verabsolutieren die im Vertrag enthaltenen Wirtschaftsfreiheiten und schränken damit bspw. Grundrechte wie das Streikrecht ebenso ein wie die Möglichkeiten der öffentlichen Hand, durch ihre Vergabepolitik politischen Einfluss auszuüben. In diesem Aufsatz möchte ich eine Erklärung dafür bieten, warum sich die europäische Rechtsprechung in dieser Weise entwickelt, ohne dass politisch gegengesteuert werden kann.

Aufgrund der zentralen Stellung der Wirtschaftsfreiheiten im EG-Vertrag und der Integration zunächst als Wirtschaftsgemeinschaft muss der EuGH durch seine Urteile den

Umgang mit der ungleichzeitigen Supranationalisierung von Wirtschaftsaktivität und ihrer Regulierung klären. Transnationale Wirtschaftsaktivität kann auf der Basis der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten (für Waren, Dienstleistungen, Personen und Kapital) auch erfolgen, wenn die zugrundeliegenden Regulierungen national gestaltet wurden. Dadurch ist der EuGH in seiner Rechtsprechung mit der Aufgabe konfrontiert abzugrenzen, inwieweit die Mitgliedstaaten Steuerungsziele noch national verfolgen dürfen oder ob diese unerlaubte Handelsbeschränkungen darstellen.

Wie ich in diesem Aufsatz zeigen will, hat sich in Konsequenz der Auslegung der Warenverkehrsfreiheit als Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung eine juristische Interpretation der Grundfreiheiten etabliert, die mittlerweile vom EuGH auf die Dienstleistungsfreiheit, die Niederlassungsfreiheit und auch auf die Freizügigkeit übertragen wurde.³ Dies erzeugt jenseits des Warenverkehrs beträchtliche politische Konflikte, da staatliche Regulierungsmöglichkeiten stark eingeschränkt werden und Verteilungswirkungen zwischen den Mitgliedstaaten entstehen. Wie ich am Beispiel der Dienstleistungsrichtlinie zeigen will, ist es selbst im Legislativprozess überaus schwierig, von einmal gerichtlich etablierten Interpretationen zum Umgang mit dem Nebeneinander von nationaler Regulierung und transnationaler Wirtschaftsaktivität abzurücken. Diese eigendynamische Fortentwicklung von Richterrecht kann als pfadabhängig erklärt werden.

Das Argument einer bestehenden Pfadabhängigkeit wird in mehreren Schritten entfaltet. Zunächst diskutiere ich die Übertragbarkeit des Pfadabhängigkeitskonzepts auf Rechtsprechung. Danach schildere ich die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten und die Ausweitung des in der Warenverkehrsfreiheit etablierten Pfads auf andere Bereiche. Das Klageverhalten privater Akteure, so zeige ich, wirkt positiv verstärkend. Zentral für das Konzept der Pfadabhängigkeit ist die Behauptung, dass ein „lock-in“ resultiert, von dem nicht abgewichen werden kann, obwohl seine Dysfunktionalität dafür spräche. Ich diskutiere zunächst, weshalb negativ betroffene Akteure in diesen Prozess nicht eingreifen können und zeige die Verteilungsfolgen auf. Schließlich illustriere ich am Beispiel der Dienstleistungsrichtlinie, welche große Beharrungskraft den gerichtlichen Festlegungen zueigen ist.

Die Auseinandersetzung mit juristischer Argumentation ist für Politikwissenschaftler nicht immer leicht. Gerade Fallrecht argumentiert mit bestimmten Gegebenheiten und geht in einer Weise ins Detail, die politikwissenschaftlich nicht von Interesse ist. Ich bemühe mich im Folgenden, Beispiele aus den verschiedenen Freiheiten heranzuziehen, um so zum einen die Parallelität der juristischen Argumentation aufzuzeigen und zum anderen aber auch von allgemeinem Interesse zu bleiben. Bei der Diskussion um das „lock in“ und die Folgen fokussiere ich auf die Dienstleistungsfreiheit, da diese im Zuge der Dienstleistungsrichtlinie breiter diskutiert wurde.

2. Das Konzept der Pfadabhängigkeit und seine Übertragung auf die Rechtsprechung

Pfadabhängige Prozesse zeichnen sich dadurch aus, dass positive Verstärkungen („positive feedback“) den zufällig einmal eingeschlagenen Pfad stützen und eine Pfadumkehr unwahrscheinlich machen (Mahoney 2000; Pierson 2000). Einmal gefundene Arrangements bleiben bestehen oder prägen zumindest sehr stark zukünftiges Handeln – es kommt zu einem „lock-in“, obwohl die Lösung ineffizient ist. Pfadabhängige Prozesse sind vor al-

lem bei der Durchsetzung technischer Standards nachgewiesen worden. Berühmt ist das QWERTY-Beispiel, die Anordnung der Tastatur der Schreibmaschine, die weniger effizient für schnelles Tippen sein soll als Alternativen, die aber nicht mehr von einer effizienteren Tastenbelegung verdrängt werden konnte (*David* 1985). Besonders vier Merkmale kennzeichnen pfadabhängige Prozesse: Der Beginn eines Pfades ist durch Zufälligkeit gekennzeichnet, die Sequenz von Handlungen spielt eine Rolle, der Pfad wird durch positive Verstärkung gefestigt und das Ergebnis wird als ineffizient betrachtet (vgl. *Beyer* 2005). Teilweise werden sehr langfristige Entwicklungen betrachtet, bspw. wenn *Pierson* die Entwicklung des Wohlfahrtsstaates als pfadabhängigen Prozess erklärt (*Pierson* 2000). Technische Diffusionsprozesse verfestigen ihren Pfad dagegen typischerweise innerhalb weniger Jahre. Von den genannten Merkmalen der Pfadabhängigkeit erscheinen die „positive feedbacks“ am wichtigsten: Die Sequenz von Ereignissen sowie gewisse Zufälligkeiten zu Beginn eines Pfades zeichnen auch andere neoinstitutionalistische Erklärungen aus. Pfadabhängigkeit kann aber nicht einfach nur bedeuten, dass „history matters“ (*Beyer* 2005, S. 5; *Werle* 2007). Beim „positive feedback“ handelt es sich um den Mechanismus, der den Pfad stabilisiert und somit die Pfadabhängigkeit besonders begründet. Im Beispiel von QWERTY gibt es drei solcher feedback-Faktoren: positive Skalenökonomien aufgrund sinkender Produktionskosten bei steigendem Marktanteil, technische Komplementaritäten zwischen Hard- und Software (d.h. der Tastatur und den für dieses System ausgebildeten Sekretärinnen), und drittens die (quasi-) Unumkehrbarkeit der Investitionen (*David* 1985, S. 334f.).

Auch zur Analyse von Rechtsprechung wird das Konzept in der letzten Zeit vermehrt verwandt (bspw. *Fon/Parisi/Depoorter* 2005; *Hathaway* 2003). Besonders abgestellt wird hier auf das Wirken von Präzedenzfällen auf spätere Urteile. Die Rechtsprechung, so argumentieren *Shapiro* und *Stone Sweet*, habe eine inhärente Tendenz, Pfadabhängigkeiten zu erzeugen:

“Legal institutions are path dependent to the extent that how litigation and judicial rule-making proceeds, in any given area of the law at any given point in time, is fundamentally conditioned by how earlier legal disputes in that area of the law have been sequenced and resolved” (*Shapiro/Stone Sweet* 2002, S. 113).

Richterrecht entsteht, da Gesetze als unvollständige Verträge nicht sämtliche Eventualitäten abdecken, sondern mit Hilfe verschiedener Interpretationsmethoden auf spezifische Fälle angewandt werden müssen. Recht wird fortgebildet (vgl. *Höpner* 2010). Gerichte sind dabei nur zur Rechtsprechung und nicht zur Rechtsetzung legitimiert. Deshalb entwickelt sich Richterrecht inkrementell, zutage tretende Gesetzeslücken werden nur langsam gefüllt (vgl. *Shapiro/Stone Sweet* 2002, S. 91f.). In diesem Zusammenhang dient die ständige Rechtsprechung der Orientierung und Legitimierung richterlicher Entscheidungen. „... precedent performs its most significant function as a modality of argumentation. In performing this function, it helps to limit the range of possible decisions and permissible arguments“ (*Gerhardt* 2005, S. 909). Durch die Orientierung am existierenden Fallrecht erscheinen Gerichte nicht als willkürlich bzw. politisch entscheidend.

Die Diskussion deutet darauf hin, dass die Verwendung des Konzepts der Pfadabhängigkeit nur sinnvoll ist, wenn damit mehr bedeutet wird, als dass Präzedenz eine Rolle spielt. Auch kennzeichnen neue Interpretationen das Richterrecht. Wäre dies nicht der Fall, könnte sich die Rechtsprechung völlig aus dem legislativ gesetzten Recht ergeben, ließe sich die Judikative auf die Rolle der Rechtsanwendung beschränken. Neue Inter-

pretationen im Schrifttum oder in den Stellungnahmen der Generalanwälte können eine andere Richtung der Rechtsprechung einleiten. Hierfür bestehen durchaus auch individuelle Anreize, da neuartiges Fallrecht in der Rechtsprechung überdurchschnittlich viel zitiert wird. Innerhalb der juristischen Profession scheint die Aufnahme dieser potentiellen Pfadbrüche auch zumindest partiell steuerbar. So schildern *Alter* und *Vachez* detailliert, wie Kommissionsbeamte des juristischen Dienstes und Richter gezielt die Rechtsprechung des EuGH zur Direktwirkung und dem Vorrang des Europarechts beförderten (*Vachez* 2008; *Alter* 2009, S. 61-89).

Während das Konzept der Pfadabhängigkeit im speziellen wie der historische Institutionalismus im allgemeinen darunter leidet, institutionelle Stabilität aber nicht deren Wandel gut erklären zu können (*Greener* 2005, S. 64), sind Pfadbrüche beim Richterrecht also gut möglich. Betrachtet man alleine die Logik des Richterrechts lassen sich nicht nur gute Gründe für eine Übertragung der Argumentation der Warenverkehrsfreiheit auf andere Bereiche, sondern auch gute Argumente dagegen finden. Gleiches wird juristisch gleich und Ungleiches ungleich behandelt. Es ergeben sich immer wieder Veränderungen in der Rechtsprechung und teilweise auch Kehrtwendungen. „It is difficult to defend the assertion that precedents impose binding rules on judges, compelling them to decide individual cases in certain ways“ (*McCown* 2003, S. 979). Ein gutes Beispiel ist das Keck-Urteil von 1993 im Bereich der Warenverkehrsfreiheit (*Reich* 1994). Nachdem die von ihm etablierte Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit zunehmend dazu führte, dass der EuGH über Aspekte der nationalen Wirtschaftspolitik urteilen musste, in die er in diesem Ausmaß nicht involviert sein wollte, nahm er hier Verkaufsmodalitäten von der Geltung der Warenverkehrsfreiheit aus. Für eine solche Ungleichbehandlung bieten die Grundfreiheiten aufgrund ihrer Verschiedenartigkeit viele Anknüpfungspunkte.

Für sich genommen, ist die Logik der Rechtsprechung in Bezug auf die Pfadabhängigkeit also ambivalent: Präzedenz spielt eine Rolle, kann aber auch durchbrochen werden. Wie jetzt gezeigt wird, entstehen Pfadabhängigkeiten in der Rechtsprechung in Verbindung mit dem Klageverhalten und den Zugangsmöglichkeiten von Akteuren zu Gerichten, da diese an der Entwicklung einer bestimmten Rechtsprechung interessiert sind. In der EU sind das zum einen die Europäische Kommission als ‚Hüterin der Verträge‘ und zum anderen private Akteure, auf die ich mich im Folgenden hauptsächlich konzentriere.⁴ Durch dieses Klageverhalten, so die These, wurde in der EU ein pfadabhängiger Prozess in Gang gesetzt, durch den die bei Waren gefundene Lösung schrittweise auf die anderen Freiheiten übertragen wurde. Im Folgenden geht es darum, die Möglichkeit für diese positiven Verstärkungen nachzuzeichnen.

2.1 Positive Verstärkung in der Rechtsprechung

Entscheidend für die positive Verstärkung eines eingeschlagenen Pfades ist das private Klageverhalten. Durch eine breite Interpretation der Grundfreiheiten bekommen mobile Akteure Wahlmöglichkeiten, die sie ursprünglich nicht hatten. Während sie vorher an ihre nationale Rechtsordnung gebunden waren, wird es möglich, sich auf eine andere – vorteilhaftere – Rechtsordnung eines anderen Mitgliedstaates zu berufen, sobald es gelingt, für die infrage stehende Aktivität einen grenzüberschreitenden Bezug zu konstruieren (*Oliver/Enchelmaier* 2007). Über das Europarecht können Privatakteure die extraterritoriale Geltung der für sie günstigsten nationalen Rechtsordnung durchsetzen (*Steindorff*

1999). Dabei wirkt die in der Warenverkehrsfreiheit neu etablierte Interpretation als Orientierung („focal point“ (*Schelling* 1960)) für eine plausible Argumentation gegen die Geltung der nationalen Rechtsordnung. Dass die Realisierung des Binnenmarkts es erfordert, die Regulierungen anderer Mitgliedstaaten gegenseitig anzuerkennen, kann nicht nur für den Warenverkehr argumentiert werden.

Einen direkten Zugang zu europäischen Gerichten besitzen Privatakteure nicht – mit Ausnahme der Fälle, in denen sie von europäischen Entscheidungen direkt betroffen sind, bspw. im Wettbewerbsrecht, und hiergegen Rechtsmittel einlegen können. Das Vorabentscheidungsverfahren erlaubt es aber Unternehmen oder auch Individuen, vor nationalen Gerichten gegen die Geltung ihrer nationalen Rechtsordnung zu argumentieren, weil höherrangiges und direkt wirksames Europarecht dem entgegenstehe. Grundlegend für den Prozess ist die Konstitutionalisierung subjektiver Rechte durch den EuGH, die bereits in der Etablierung des Vorrangs und der Direktwirkung in den 1960er Jahren angelegt ist (*Vaucher* 2008).

Je mehr nun Individuen ihre Interessen über die Berufung auf Europarecht durchsetzen, umso stärker wird das allgemeine Bewusstsein für diese Rechte gefördert. Erfolg bzw. Misserfolg bei Klagen sendet positive bzw. negative Signale an ähnlich Betroffene und wirkt in beide Richtungen verstärkend (*Fon/Parisi/Depoorter* 2005, S. 44, 47, 51). Kläger orientieren sich an Präzedenzfällen und stimmen ihre Argumentation hierauf ab. „Making arguments rooted in the Court’s past interpretations is extremely effective“ (*McCown* 2003, S. 981).

Dabei finden private Akteure für die Nutzung des Europarechts ein förderliches Umfeld. Wie insbesondere die Literatur zum Aufkommen des „adversarial legalism“ in der EU betont (*Kelemen* 2006), sind die Europäische Kommission, das Europäische Parlament und auch der EuGH insgesamt bemüht, die Durchsetzung von Europarecht durch Privatakteure zu fördern. Aufgrund ihres fehlenden Verwaltungsunterbaus in den Mitgliedstaaten ist die Europäische Kommission darauf angewiesen, dass diejenigen, die vom Europarecht profitieren, auch bei seiner Durchsetzung mithelfen. Denn die Kontrolle der Einhaltung von Europarecht geschieht eher durch „whistle blowing“ in Fällen von Nicht-Umsetzung als durch eine systematische Überprüfung der ordnungsgemäßen nationalen Umsetzung durch „police patrol“ (*Pollack* 1996). Zu dieser Instrumentalisierung privater Akteure kommt ein weiterer Gesichtspunkt. Angesichts der für die EU ungelösten Legitimationsfrage wird die Förderung der individuellen Durchsetzung europäischer Rechtspositionen von den europäischen Institutionen auch als legitimationsstärkend begrüßt. Indem die von der EU neu etablierten Rechte von Akteuren eingeklagt werden, wird gleichzeitig die Legitimation der supranationalen politischen Ordnung gestärkt, die diese Rechte erst begründete (*Kelemen* 2006, S. 123).

Das Interesse von Privatakteuren an der für sie günstigsten Rechtsordnung, das Interesse europäischer Institutionen an der Verbesserung der Implementierung und der Legitimationsstärkung sowie die Orientierung der Rechtsprechung an Präzedenzfällen und Widerspruchsfreiheit wirken so alle als positive Verstärkung hin auf eine parallele Interpretation der Grundfreiheiten. Angelehnt an die Mechanismen bei QWERTY könnte man in der Bedeutung von Präzedenz für die Rechtsprechung die positiven Skalenökonomien sehen. Je etablierter ein bestimmtes Fallrecht ist, umso unwahrscheinlicher wird seine Änderung. Die Ausrichtung der Rechtsprechung sowie das Interesse supranationaler Akteure an der Stärkung ihrer eigenen Legitimation über die Verleihung individueller Rechte könnte mit der Hardware und das Klageverhalten privater Kläger mit der Software

verglichen werden. Das sich positiv verstärkende Klageverhalten entspräche der Unumkehrbarkeit der Investitionen im technischen Bereich.

Inwieweit hat aber nun eine pfadabhängige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs stattgefunden?

2.2 Die pfadabhängige Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten

Zentral für die später pfadabhängige Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Grundfreiheiten ist die Rechtsprechung in der Warenverkehrsfreiheit, da sich die Warenmärkte als erstes internationalisierten. In der EU wurden die Grundfreiheiten des EG-Vertrags anfangs als Diskriminierungsverbot verstanden. Waren mussten den Regulierungen des Importstaates (bzw. Tätigkeitslandes) entsprechen; letzterer durfte aber nicht aufgrund der Herkunft gegenüber Waren aus anderen Mitgliedstaaten diskriminieren.

Aufbauend auf dem *Dassonville*-Urteil (C-8/74) weitete der EuGH in seinem *Cassis*-Urteil (C-120/78) die Interpretation der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EGV; Art. 34 AEUV) von einem Diskriminierungs- hin zu einem Beschränkungsverbot aus. Das bedeutete, dass Mitgliedstaaten verpflichtet waren einzubeziehen, welchen regulativen Auflagen anderer Mitgliedstaaten Waren bereits entsprachen: Funktional äquivalente Produkte mussten gegenseitig anerkannt werden. Mit dieser Ausweitung der Warenverkehrsfreiheit baute der EuGH aber auch die Möglichkeiten für Mitgliedstaaten aus, die Warenverkehrsfreiheit einzuschränken. Neben der sich auf Gründe der öffentlichen Sicherheit beziehenden Ausnahme des Art. 30 EGV (Art. 36 AEUV) konnten die Mitgliedstaaten nach *Cassis* „zwingende Erfordernisse“ des Allgemeinwohls geltend machen, um auf der Einhaltung ihrer nationalen Regulierungserfordernisse, also auf dem Tätigkeitslandprinzip, zu bestehen. Allerdings wird diese Möglichkeit vom EuGH eng ausgelegt (vgl. *Oli-ver/Enchelmaier* 2007).

Für ihre Binnenmarktinitiative bezog sich die Europäische Kommission auf das *Cassis*-Urteil, da die darin angelegte gegenseitige Anerkennung eine enorme Erleichterung bedeutete. Nach *Cassis* mussten supranationale Regeln nur noch dort vereinbart werden, wo Mitgliedstaaten sonst im Allgemeininteresse Regeln des Tätigkeitslandes vorschreiben durften. Gleichzeitig ging man mit dem „neuen Ansatz“ zu einer Rahmenharmonisierung über (*Alter/Meunier-Aitsahalia* 1994, S. 541; *Egan* 2001).

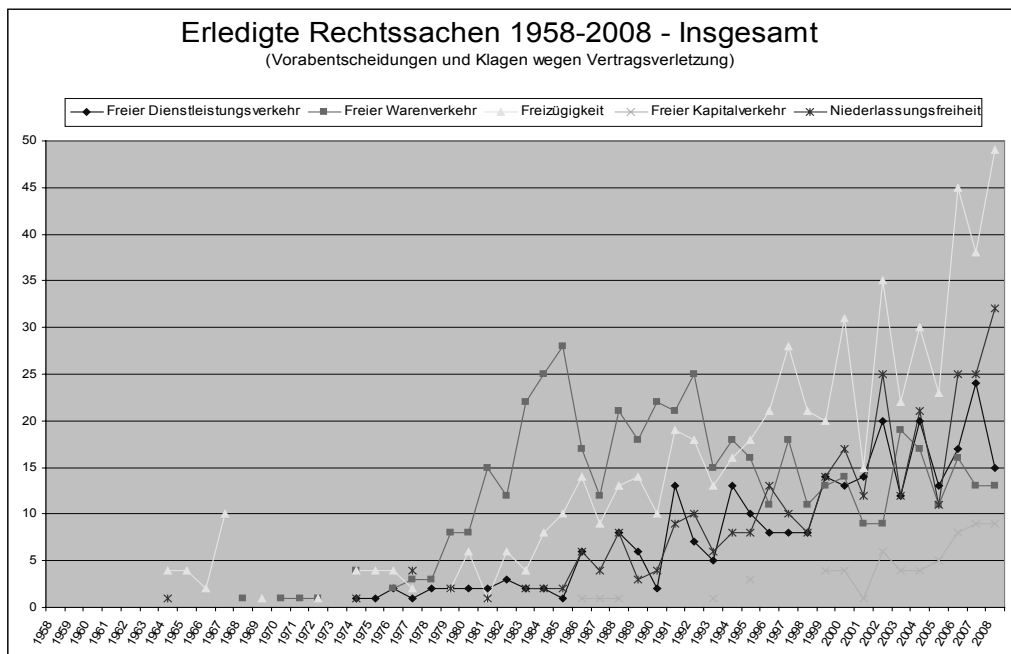
Mit dem Wechsel in der Interpretation des freien Warenverkehrs vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot wird die Grundfreiheit erheblich ausgeweitet. Beim Diskriminierungsverbot müssen Produkte den Regeln des Landes entsprechen, in dem sie vertrieben werden sollen (Tätigkeitslandprinzip). Will man die damit verbundene Marktfragmentierung verhindern, braucht man gemeinsame supranationale Regeln, die nationales Recht ersetzen. Beim Beschränkungsverbot muss die Regulierung des Herkunftslandes dagegen von anderen Mitgliedstaaten in der Regel als gleichwertig anerkannt werden (Herkunftslandprinzip). Mitgliedstaaten sind gezwungen, gute Gründe anzuführen („zwingende Erfordernisse“), wollen sie die von anderen Bevölkerungen legitimierte Regelungen in ihrem Territorium nicht gelten lassen. Der Zusammenhang zwischen Territorium und Rechtsordnung wird deutlich gelockert (*Schmidt* 2007).

Außerhalb der Warenverkehrsfreiheit urteilte der EuGH zunächst noch vorsichtig und behandelte die verschiedenen Freiheiten unterschiedlich: „In the 1970s and 1980s the prevailing view was that the scope of the four freedoms should be drawn along different

lines” (Oliver/Roth 2004, S. 411). Lange Zeit sah der EuGH die Dienstleistungsfreiheit relativ restriktiv (Hatzopoulos 2000, S. 63f.; Roth 2002, S. 20; Davies 2007, S. 14). Ein Beispiel für eine solche Einschränkung ist der Fall *Rush Portuguesa* (C-113/89), in dem der EuGH Frankreich das Recht zusprach, seinen Mindestlohn auch für zeitweise aus Portugal entsandte Arbeitnehmer vorzuschreiben. Statt des Herkunftslandprinzips fand das Tätigkeitslandprinzip Geltung und der Handel konnte zugunsten der nationalen Regulierungsinteressen eingeschränkt werden.

Im Folgenden möchte ich argumentieren, dass die in der Warenverkehrsfreiheit gefundene Abgrenzung zwischen durch den EG-Vertrag gesicherten ökonomischen Freiheiten und nationaler Regulierungsautonomie für verschiedene Akteure als „focal point“ im Sinne Schellings (1960, S. 57) diene, als im Zuge der weiteren wirtschaftlichen Transnationalisierung auch für die anderen Freiheiten eine neue Abgrenzung zwischen politischer Einflussnahme und Markt gefunden werden musste (Garrett/Weingast 1993). Dabei ist die „Zufälligkeit“, dass die Interpretation am Beispiel der Warenverkehrsfreiheit etabliert wird, für den eingeschlagenen Pfad verantwortlich. Wie die Dysfunktionalität der gegenseitigen Anerkennung bei der Dienstleistungsfreiheit später zeigen wird, wäre man in einem anderen Bereich als Waren sicherlich zu einer anderen Abgrenzung zwischen nationaler Regulierungsautonomie und supranationalen Beschränkungen gekommen und hätte damit einen anderen Pfad etabliert.

Zunächst ist es sinnvoll, anhand der Fallzahlen zu betrachten, wie Fälle an den EuGH im Zeitverlauf herangetragen wurden, inwieweit also Interpretationsbedarf bei den Freiheiten bestand. Mit der engeren wirtschaftlichen Verflechtung im Binnenmarkt steigen auch die Fälle, die die anderen Grundfreiheiten betreffen. Gleichzeitig wird über eine breite Interpretation der Freiheiten genau diese Verflechtung vorangetrieben.



Deutlich wird, dass zunächst die Warenverkehrsfreiheit und dann die Freizügigkeit zu hohen Fallzahlen führten, während der freie Dienstleistungsverkehr erst Ende der neunziger Jahre und die Niederlassungsfreiheit noch etwas später für den EuGH relevanter wurden. Während zwischen 1995 und 1999 nur 48 Fälle zur Dienstleistungsfreiheit entschieden wurden, waren es zwischen 2000 und 2005 92 Fälle. Neuerungen lassen sich in der Rechtsprechung am besten durchsetzen, wenn viele Fälle den EuGH erreichen. „Only disputes that are actually litigated are capable of generating legal precedent“ (*Fon/Parisi/Depoorter* 2005, S. 45). Angesichts der größeren Nachfrage privater Akteure kann sich der EuGH legitimiert fühlen, die nationale Regulierungskompetenz durch seine Rechtsprechung zu beschneiden.

2.3 Die Übertragung auf andere Freiheiten

Die in der Warenverkehrsfreiheit etablierte Interpretation wurde schrittweise vom EuGH auch auf andere Grundfreiheiten übertragen (vgl. *Oliver/Roth* 2004). Zeigen lässt sich die durch das Klageverhalten von Privatakteuren geförderte Übertragung zunächst für die Dienstleistungsfreiheit. Eines der ersten Urteile, das die *Cassis*-Argumentation auf Dienstleistungen überträgt ist *Säger* (C-76/ 90) von 1991. Bei diesem Ersuchen eines deutschen Gerichts ging es um die Frage, ob ein in Großbritannien niedergelassenes Unternehmen eine Dienstleistung zur Patenterneuerung in Deutschland anbieten durfte, obwohl dort diese Tätigkeit zugelassenen Patentanwälten vorbehalten war. Der EuGH argumentierte parallel zur Warenverkehrsfreiheit:

„Artikel 59 EWG-Vertrag verlangt nicht nur die Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen des Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gelten –, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmässig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern“ (Leitsatz 1).

Während zunächst, wie oben erwähnt, die Dienstleistungsfreiheit sehr restriktiv interpretiert wurde, gewichtet der EuGH mit Beginn der 1990er und verstärkt seit den 2000er Jahren das Verhältnis zwischen der Dienstleistungsfreiheit und ihren Beschränkungen anders. Er betont in seinen Urteilen die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Handelshemmnisse für den Dienstleistungshandel abzubauen und die bereits existierende Regulierung im Herkunftsland gegenseitig anzuerkennen. Das motiviert private Akteure, gegen bestehende nationale Restriktionen vorzugehen.

Bei der Niederlassungsfreiheit schien es nach dem Urteil *Daily Mail* (C-81/87) von 1988, dass Mitgliedstaaten trotz der Niederlassungsfreiheit gesellschaftsrechtliche Beschränkungen auferlegen konnten (*Freitag* 1999, S. 269). Eine grundlegende Änderung brachte das Urteil *Centros* (C-212/97) 1999. In diesem Fall hatte ein dänisches Ehepaar 1992 in Großbritannien eine Limited Company allein zu dem Zweck gegründet, von den in Großbritannien geltenden deutlich niedrigeren Kapitalanforderungen (statt 200.00 DKR nur ca. 1000 DKR) profitieren zu können. Da die dänischen Behörden die Eintragung dieser Zweigniederlassung ablehnten, kam es zu dem Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH. Der EuGH sah die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 und Art. 48) als relevant an. Damit gab er Unternehmen das „Recht auf die günstigste Rechtsordnung“ (*Steindorff* 1999) und wich von seiner früheren Rechtsprechung im Fall *Daily Mail* ab (*Hoor*

1999; Freitag 1999, S. 270). In den Fällen *Überseering* (C-208/00) und *Inspire Art* (C-167/01) nahmen Unternehmen diese Argumentation auf und konnten ihre Rechte aus der Niederlassungsfreiheit noch weiter ausbauen, da der EuGH parallel zur Warenverkehrsfreiheit Anerkennungspflichten begründete. Das motiviert weitere Akteure, gegen bestehende Beschränkungen vorzugehen.

Interessanterweise hat der EuGH mit seiner *Cartesio* Entscheidung (C-210/06) Ende 2008 diesen Prozess gedämpft, indem er die Unternehmensmobilität nicht weiter förderte. Für die meisten Beobachter überraschend urteilte der EuGH, dass Mitgliedstaaten durch die Niederlassungsfreiheit nicht verpflichtet seien, Unternehmen die Verlagerung ihres Verwaltungssitzes bei gleichzeitiger Beibehaltung ihres Satzungssitzes zu gestatten. Im vorliegenden Fall wollte ein ungarisches Unternehmen seinen Verwaltungssitz nach Italien verlegen, den Satzungssitz aber in Ungarn beibehalten. Die bis dahin erfolgte binnenmarktfreundliche Rechtsprechung, die sich auf Zuzugsfälle bezog, wurde also nicht auf diese Art von Wegzugsfällen ausgedehnt.

Eine weitere Ausdehnung der Grundfreiheiten ist in der Rechtsprechung angelegt, die eine Relevanz der eigentlich auf grenzüberschreitende Vorgänge zielenden Grundfreiheiten auch für rein interne Situationen in den Mitgliedstaaten nicht verneint. Bei rein inländischen Sachverhalten können sich Inländer nicht auf die Grundfreiheiten berufen, da der grenzüberschreitende Bezug fehlt. In seiner Rechtsprechung zur Waren- und Dienstleistungsfreiheit hat der EuGH diesen Grundsatz jedoch nicht immer konsequent befolgt (*Hatzopoulos* 2000, S. 58-62). So äußerte sich der EuGH im Fall *Pistre* (C-321-324/94, Rz: 44): „doch scheidet die Prüfung einer solchen Maßnahme an dieser Bestimmung [der Warenverkehrsfreiheit, d.Verf.'in] nicht schon deshalb aus, weil keines der Elemente des bei dem nationalen Gericht anhängigen konkreten Falles über die Grenzen eines einzelnen Mitgliedstaats hinausweist.“

Auch hier kann man feststellen, dass die Möglichkeit einer solchen Ausweitung private Akteure dazu motiviert, ihre Rechtsposition mit Hilfe des EuGH und einer breiten Interpretation der Grundfreiheiten zu verbessern. Zwei Beispiele aus dem Bereich der Freizügigkeit zeigen dies.⁶ Im Fall *Pignataro* ging es um Wählbarkeitsvoraussetzungen bei Regionalwahlen. Frau *Pignataro* konnte sich nicht als Kandidatin für die sizilianische Regionalwahl aufstellen lassen, weil sie zur Zeit der Bewerbung ihren Wohnsitz nicht in der betreffenden Region hatte (C-535/08 vom 26.3.2009). Daraufhin versuchte Frau *Pignataro* zu argumentieren, dass eine nach dem EG-Vertrag unzulässige Diskriminierung vorliege, da EU-Ausländern eine solche Wohnsitzpflicht nicht auferlegt werden könne. Der EuGH verneinte aber die Anwendbarkeit des Europarechts auf diese interne Situation. In einem anderen Fall, *Mariano* (C-27/08 vom 17.3.2009), klagte eine Italienerin, die nach dem tödlichen Unfall ihres (unverheirateten) Partners eine geringere Hinterbliebenenrente bekam, als dies bei einem einen EU-Ausländer betreffenden Sachverhalt in Italien der Fall gewesen wäre. Auch hier sah der EuGH eine rein „interne“ Situation.

Es leuchtet ein, dass Fälle wie diese ihre Argumentation aus Urteilen wie *Pistre* herleiten, in denen die Waren- oder Dienstleistungsfreiheit auf rein interne Situationen angewandt wurden. Verneint der EuGH aber in verschiedenen Urteilen eine solche Ausweitung der Freizügigkeit bzw. Unionsbürgerschaft, wird es weniger wahrscheinlich, dass weitere Fälle dieser Art an ihn herangetragen werden. Es gibt also nicht nur eine positive, sondern auch eine negative Verstärkung des Klageverhaltens.

Eine erhebliche zusätzliche Ausweitung der Grundfreiheiten resultiert zudem, wenn diesen auch eine horizontale Wirkung auf private Akteure zugesprochen wird. Dann sind

nicht nur staatliche, sondern auch private Akteure verpflichtet, die Grundfreiheiten nicht zu behindern. In seinen jüngsten Urteilen in den Fällen *Laval* (C-341/05) und *Viking* (C-438/05) hat der EuGH eine solche horizontale Wirkung bejaht und die Gewerkschaften daran gemessen, inwieweit ihre Handlungen Auswirkungen auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit hatten (*Joerges/Rödl* 2008; *Höpner/Schäfer* 2010).

Diese Beispiele zeigen, wie sich privates Klageverhalten an Präzedenzfällen orientiert und deren Wirkung verstärkt. Eine Übertragung von Interpretationsfiguren von einer Grundfreiheit auf andere wird so vorangetrieben. Der EuGH selbst muss dem jedoch nicht folgen; er kann Unterschiede zwischen den Freiheiten ebenso hervorheben wie Parallelen. Werden die Freiheiten nicht weiter ausgebaut wie in den Fällen *Cartesio*, *Pignataro* und *Mariano* wird dieses Klageverhalten nicht belohnt. Damit werden private Akteure sowie die Kommission abgeschreckt, diese juristische Argumentationsfigur weiter zu verfolgen. Warum aber überwiegt die positive Verstärkung, wenn auch negative vorkommt?

Neben dem Interesse privater Akteure und der Kommission an einer möglichst weitgehenden und einheitlichen Interpretation der Grundfreiheiten wird letztere auch von der juristischen Profession vorangetrieben. Dies hat vor allem rechtsdogmatische Gründe: Die Einheit der Rechtsordnung ist eine wichtige juristische Argumentationsfigur, die dazu dient, das Recht widerspruchsfrei zu halten. Widersprüche in der Rechtsprechung können nicht der Gerechtigkeit dienen. Sind verschiedene Grundfreiheiten in einem juristischen Fall berührt und können sie analog ausgelegt werden, wird die Rechtsprechung konsistenter (vgl. *Lenaerts/Corthaut* 2008). Die gleichzeitige Relevanz mehrerer Grundfreiheiten in einem Fall ist tatsächlich keine Seltenheit. Dies zeigt die folgende Tabelle:

Mindestens zwei Grundfreiheiten in einem Urteil 1990 – 2008

– keine absoluten Zahlen –

	Dienstleistungs- freiheit	Warenverkehrs- freiheit	Kapitalverkehrs- freiheit	Niederlassungs- freiheit
„Freier Dienstleistungsverkehr“	244*	16	10	122
„Freier Warenverkehr“	22	295*	1	7
„Freier Kapitalverkehr“	10	2	68*	20
„Niederlassungsfreiheit“	103	5	18	278*
„Arbeitnehmer“	16	2	0	40

* Gleichzeitig auch Gesamtzahl der Fälle zur jeweiligen Grundfreiheit

Quelle: EUR-Lex; eigene Berechnungen⁷

Sind in einem Fall zwei oder mehr Grundfreiheiten betroffen, wird es problematisch, wenn bestimmte juristische Argumentationsfiguren nicht einheitlich Anwendung finden. Als Beispiel hierfür kann die Stellungnahme des Generalanwalts *Maduro* im Fall C-158/04 und C-159/04 *Alfa Vita* herangezogen werden. Hier kritisiert er die *Keck*-Rechtsprechung aufgrund der mangelnden Übertragung auf die anderen Grundfreiheiten, was zu einem Konsistenzproblem führe:

„33. Drittens hat sich herausgestellt, dass sich die Rechtsprechung *Keck* und *Mithouard* nicht einfach auf die anderen Verkehrsfreiheiten übertragen lässt. Tatsächlich hat der Gerichtshof die Bezeichnung „Verkaufsmodalität“ in seiner Rechtsprechung zu den anderen Freiheiten nie verwendet. Er begnügt sich dort damit, als Beschränkungen der Verkehrsfreiheit im Allgemeinen „alle Maßnahmen anzusehen, die die Ausübung dieser Freiheit verbieten, behindern oder weniger attraktiv machen“ [...]. Dieser unterschiedliche Ansatz wirft ein Problem der Kohärenz der Rechtsprechung

auf. Dieses Problem erscheint besonders wichtig, weil zahlreiche nationale Maßnahmen, die dem Gerichtshof zur Überprüfung unter dem Blickwinkel des freien Warenverkehrs vorgelegt werden, ebenso gut als Beschränkungen der anderen Verkehrsfreiheiten qualifiziert werden können.“

Auch die *Keck*-Rechtsprechung ist so ein Beispiel für einen eingeschlagenen Pfad, der aufgrund seines Ursprungs in der Warenverkehrsfreiheit zu Problemen führt, in diesem Fall aber, weil eine Übertragung gar nicht erst möglich ist.

Um eine Pfadabhängigkeit zu behaupten, kommt es aber nicht nur darauf an, Momente positiver Verstärkung nachzuzeichnen. Auch ist zu erklären, warum dieser Prozess von den Akteuren, die von ihm negativ betroffen sind, nicht unterbunden werden kann. Danach wird aufgezeigt, dass dieses Ergebnis für die beteiligten Akteure zwar individuell rational, für die Allgemeinheit aber dysfunktional ist.

2.4 Der schwierige Widerstand gegen die pfadabhängige Rechtsprechung

In den diskutierten Fällen findet parallel zum Ausbau der Geltung der Grundfreiheiten eine Einschränkung der nationalen Rechtsordnung statt. Mobile private Akteure finden im Europarecht Rechtspositionen, die eine für sie günstigere Regulierung erlauben. Teilweise werden sie durchaus von nationalen politischen Akteuren unterstützt, die entsprechende Reformen befürworten. Dagegen können Akteure, die von der Geltung der bisherigen nationalen Rechtsordnung profitiert haben, diese nicht gleichermaßen verteidigen.

Für die Pfadabhängigkeit dieses Prozesses ist es wichtig, dass die Akteure, die die redistributiven Folgen zu tragen haben, sich auf keine europäische Rechtsposition berufen können. Führt die Dienstleistungsfreiheit dazu, dass schwächer regulierte ausländische Dienstleister bzw. Dienstleistungen einen gleichberechtigten Marktzugang mit stärker regulierten einheimischen Dienstleistern bzw. Dienstleistungen genießen, können sich letztere dagegen kaum wehren. Zwar kann auf nationaler Ebene gegen die resultierende Inländerdiskriminierung eventuell als Verstoß gegen das nationale Gleichheitsverbot vorgegangen werden. Auch können nationale Grundrechte verletzt sein – da politisch entschieden wurde, dass auch schwächer regulierte Produkte keine Gefahr darstellen, sind strengere Eingriffe, bspw. in die Berufsfreiheit schwer zu begründen (*Riese/Noll* 2007). Diese Versuche wirken aber nur in Richtung auf eine stärkere Liberalisierung und nicht auf die mögliche Beibehaltung national als legitim und politisch wünschenswert erachteter Marktregulierungen.⁸

Das Klageverhalten von Akteuren und die Zentralität der Argumentationsfigur der Einheit der Rechtsordnung, so habe ich argumentiert, sind Antriebskräfte für eine pfadabhängige Entwicklung. Die Richter selbst sind frei, Argumenten für eine gleiche oder ungleiche Entwicklung zu folgen. Das Beispiel der *Keck*-Rechtsprechung kann dabei das unterschiedliche Gewicht der beiden Faktoren verdeutlichen. Dogmatisch wird die fehlende Übertragung der *Keck*-Rechtsprechung mit dem Argument der mangelnden Einheit der Rechtsordnung bedauert. Anders als bei der Ausweitung der Grundfreiheiten fehlen hier aber Akteure, die durch ihr Klageverhalten diese Einschränkung vorantreiben könnten. Akteure, die eine Einschränkung befürworten, müssen die Wahrscheinlichkeit fürchten, dass statt einer Sicherung ihrer Regulierungskompetenzen bzw. -privilegien diese höchststrichterlich als unvereinbar mit dem Europarecht erklärt werden. Für eine Ausweitung der *Keck*-Rechtsprechung scheint deshalb eher entscheidend, dass die Richter ähn-

lich wie zuvor bei der Warenverkehrsfreiheit auch bei anderen Grundfreiheiten zu der Einschätzung kommen, dass eine Befassung mit zunehmend rein internen, nationalen Fragestellungen diesen Schritt rechtfertigt.

Wie wir gesehen haben, geschieht die Veränderung in der Interpretation der Grundfreiheiten schleichend und durch Richterrecht – aber eben nicht explizit im Europäischen Rat oder dem Ministerrat über die Zustimmung der mitgliedstaatlichen Regierungen. So lehrt die Principal-Agent Theorie, dass der EuGH einen erheblichen Handlungsspielraum hat, weil er lediglich einige, im Extremfall nur einen einzigen Mitgliedstaat durch seine Urteile besser stellen muss, um vor der einstimmig zu erfolgenden Vertragsänderung als Sanktion gefeit zu sein (*Kassim/Menon* 2003; *Tsebelis/Garrett* 2001). Angesichts der Heterogenität der EU-27 ist ein Konsens über Richtung und Ausmaß der Entwicklung der Rechtsprechung sehr unwahrscheinlich. National wird die durch den EuGH geförderte Liberalisierung von denjenigen unterstützt, die sich aufgrund der Vetomacht der negativ Betroffenen hier nicht durchsetzen können. Insgesamt ist koordinierter Widerstand gegen das Richterrecht unwahrscheinlich.

Die Orientierung an Präzedenzfällen in der Rechtsprechung erschwert die politische Einflussnahme zusätzlich. *Garrett/Kelemen/Schulz* (1998) haben schon vor längerer Zeit gezeigt, dass sich aus der Bedeutung der ständigen Rechtsprechung auch die mangelnde politische Opposition gegen Urteile mit weitreichenden Folgen erklärt. Meist müsste sich politischer Protest gegen eine bereits gefestigte Rechtsprechung wehren, da neue Interpretationen typischerweise zunächst in Urteile eingestreut werden, ohne schon von Bedeutung zu sein. Zu diesem Zeitpunkt wäre jedoch eine Änderung der Rechtsprechung angesichts der großen politischen Bedeutung der unabhängigen Gerichtsbarkeit mit erheblichen politischen Kosten verbunden (s.a. *Kelemen* 2001).

Auch im Selbstverständnis von Gerichten ist angelegt, dass das Rechtsstaatsprinzip verlangt, gegebenenfalls gegen Regierungen zu urteilen (*Caranta* 2008, S. 195). Nichtsdestotrotz untergraben politisch kontroverse Urteile auch die Legitimation des EuGH, weshalb man davon ausgehen kann, dass er das Eigeninteresse hat, diese Art von Urteilen zu verhindern (*Shapiro/Stone Sweet* 2002, S. 128). Die institutionellen Gegebenheiten seiner Arbeitsweise als supranationales Gericht erschweren dies jedoch. Allgemein folgt aus der Justizgewährungspflicht, dass Gerichte die Fälle, die sie erreichen, auch entscheiden müssen. Obwohl der EuGH auch die Zuständigkeit verneinen könnte, da Europarecht sich auf eine politische Gemeinschaft begrenzter Kompetenzen bezieht (*Roth* 2008), folgt der EuGH der Auffassung, dass er – anders als der Ministerrat und das Europäische Parlament – die ihm übertragenen Konflikte lösen muss (*Keeling* 1998, S. 512). Da die Kammern des EuGH mit einer einfachen Mehrheit der Richter ihre Urteile fällen können⁹, ist hier die Lösung von Konflikten, anders als in den anderen Entscheidungsarenen der EU, verhältnismäßig leicht (vgl. auch *Bellamy* 2008). Dabei werden an den EuGH nicht selten eben jene Konflikte herangetragen, die für eine politische Lösung zu kontrovers sind (*Maduro* 2007, S. 824). Schließlich wird der EuGH oft angerufen, um in Vorabentscheidungsverfahren über die Kompatibilität einer der 27 nationalen Rechtsordnungen mit dem Europarecht zu urteilen. Angesichts der großen institutionellen Heterogenität der Mitgliedstaaten ist es dabei unmöglich, die Auswirkungen der Urteile auf alle Mitgliedsstaaten wirklich abzuschätzen. Auch für den EuGH sind politisch kontroverse Urteile deshalb nur schwer vermeidbar.

3. Das Problem des „lock in“

Nachdem ich die Übertragung der zunächst für die Warenverkehrsfreiheit entwickelten Rechtsprechung gezeigt habe und die Wirkung positiver Feedbacks plausibilisieren konnte, kommt es nun darauf an zu zeigen, dass dieses „lock in“ zum einen unumkehrbar und zum anderen auch ineffizient ist. Damit wird deutlich, dass es die Zufälligkeit einer zunächst am Warenverkehr entwickelten Rechtsprechung ist, die die Pfadabhängigkeit begründete.

3.1 Die fehlende politische Korrigierbarkeit: Das Beispiel der Dienstleistungsrichtlinie

Anders als in anderen internationalen Regimen existiert in der EU ein relativ handlungsfähiger Legislativprozess, über den Richterrecht wieder an den politischen Konsens angebunden werden kann. Diese Möglichkeit legitimiert indirekt die weitreichende Rechtsprechung des EuGH (*Dobler* 2008, S. 530). Die Dienstleistungsrichtlinie ist ein prominenter Fall, in dem sich der europäische Legislativprozess indirekt mit der judikativen Interpretation der Dienstleistungsfreiheit beschäftigt hat. Inwieweit konnten bestehende legislative Möglichkeiten hier zum Pfadbruch genutzt werden?

In ihrem ersten Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie hatte die Kommission die sich verfestigende Rechtsprechung zur Interpretation der Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot radikalisiert. Sie schrieb das Herkunftslandprinzip als allgemeine Regel für (fast) alle Dienstleistungen vor und ließ kaum Ausnahmen im Allgemeininteresse zu (*Witte* 2007, S. 9f.). Die darauf folgenden politischen Auseinandersetzungen um die Dienstleistungsrichtlinie sind bekannt (*Nicolaïdis/Schmidt* 2007). Der politische Kompromiss zur Dienstleistungsrichtlinie konnte nur erzielt werden, weil jeglicher Bezug auf das umstrittene Herkunftslandprinzip in der Richtlinie gestrichen wurde und stattdessen nur noch von der Ermöglichung der Dienstleistungsfreiheit die Rede ist. Allerdings handelt es sich überwiegend um eine sprachliche Anpassung. Tatsächlich beinhaltet die Dienstleistungsrichtlinie wie der vorherige Entwurf das Herkunftslandprinzip, da Art. 16 EGV den Mitgliedstaaten weitgehend untersagt, auf Dienstleistungserbringer die Regeln des Tätigkeitslandes anzuwenden.¹⁰ Solange die Erbringung der verschiedenen Dienstleistungen nicht harmonisiert wird, kann deshalb nur das Herkunftslandprinzip gelten.

Auch im Legislativprozess gelang also nur sprachlich die Abkehr vom Herkunftslandprinzip. Besonders deutlich wird dies, wenn man das von der Kommission herausgegebene Implementierungshandbuch betrachtet (*Kommission der Europäischen Gemeinschaften* 2007, S. 42-48). In den entsprechenden Abschnitten zur Interpretation des zentralen Art. 16 der Richtlinie, bezieht sich die Kommission ausschließlich auf das existierende Fallrecht und zitiert fast siebzig Mal verschiedene Entscheidungen in den Fußnoten.

3.2 Ineffizienz: Verteilungswirkungen des Pfades

Wie nicht zuletzt die Auseinandersetzungen über die Dienstleistungsrichtlinie zeigten, ist das Herkunftslandprinzip bei Dienstleistungen viel umstrittener als bei Waren – weshalb

aber ist das so? Der Handel mit Dienstleistungen unterscheidet sich signifikant vom Warenhandel. Anders als Waren können Dienstleistungen in der Regel Grenzen nicht unabhängig vom Produktionsprozess überschreiten. Die Erbringung von Dienstleistungen fällt oft mit ihrer Inanspruchnahme zusammen. Deshalb muss sich für den Dienstleistungshandel meist der Dienstleistungserbringer (und seltener der Dienstleistungsempfänger) vorübergehend in das andere Land begeben.

Damit arbeiten sehr unterschiedlich regulierte Dienstleistungserbringer Seite an Seite. Relevant ist, dass Regierungen gegenüber ihren Bürgern keine Gleichbehandlung mehr garantieren können. Potentiell werden Regierungen gegenüber ihrer eigenen Bevölkerung zur Inländerdiskriminierung gezwungen, wenn politisch striktere inländische Regulierungen gewollt sind. Für die EU-Bürger untereinander werden gravierende Gleichheitsfragen aufgeworfen, da sie am selben Ort bei der Ausübung derselben Tätigkeit unterschiedlichen Regeln ihres jeweiligen Herkunftslandes unterliegen können. Das Herkunftslandprinzip, so kann geschlossen werden, hat für Dienstleistungen andere Implikationen als für Waren (*Schmidt* 2009). Verschärfend wirkt, dass eine Kontrolle nach dem Herkunftslandprinzip bei Dienstleistungen ungleich aufwendiger ist als bei Waren, denn ein Teil der Kontrolle muss im Tätigkeitsland stattfinden, in dem die Behörden des Herkunftslandes keine Zuständigkeit haben. Hieraus resultiert das hohe Ausmaß an Regulierungsumgehung im Dienstleistungshandel (*Mankowski* 2004, S. 388f.).

Nun ließe sich argumentieren, dass auch beim Warenhandel Lohn- und Regulierungsunterschiede die Wettbewerbsfähigkeit mitbestimmen, weshalb es sich um dieselbe Problematik handle. Es gibt aber mindestens zwei relevante Unterschiede zu benennen: Zum einen konkurrieren nur die nach unterschiedlichen Bedingungen hergestellten Waren direkt über den Preis – unterschiedlich bezahlte Arbeiter aus Rumänien und Luxemburg arbeiten aber nicht Seite an Seite in derselben Fabrik. Die unterschiedlichen Herstellungsbedingungen sind also besser verborgen. Zum anderen bieten entsandte Arbeitnehmer ihre Dienstleistungen im Tätigkeitsland oft zu einem Lohn an, von dem man zwar in ihrem Herkunftsland, aber nicht im Tätigkeitsland leben könnte (*Streeck* 2000, S. 21).

Vergleichbar könnte für den Bereich der Niederlassungsfreiheit gezeigt werden, dass die Übertragung des weitgehenden Beschränkungsverbots auf der Ebene der Mitgliedsstaaten Marktregulierungen unterminiert, die als zentral für die nationale Form des Kapitalismus erachtet werden (*Höpner/Schäfer* 2010). So erlaubt die weite Interpretation der Niederlassungsfreiheit Arbitragemöglichkeiten in Bezug auf das Gesellschaftsrecht und die Steuerpflicht. In ähnlicher Weise ergibt eine extensive Interpretation der Freizügigkeit und der Unionsbürgerschaft „ein quasi universelles Zugangsrecht zu allen Arten von Sozialleistungen“ (*Halter* 2005, S. 97).

Die Übertragung des Herkunftslandprinzips auf andere Bereiche verschärft so einen Widerspruch, der bereits zwischen dem Freihandel von Waren und den exklusiven Staatsangehörigkeitsrechten angelegt ist. Während im Freihandel die unterschiedliche Behandlung in- und ausländischer Produkte unzulässig diskriminiert, beraubt die völlig gleiche Behandlung von In- und Ausländern exklusive Staatsangehörigkeitsrechte ihres Inhalts. Ohne diese Exklusivität ist es aber fraglich, wie der Staat seine Staatsbürger zu den für das eigene Funktionieren notwendigen Pflichten (Steuern, Verteidigung) zwingen kann (*Scharpf* 2009). Besonders deutlich wird dies bei der Rechtsprechung zur Personenfreizügigkeit und Unionsbürgerschaft, auf die hier nur wenig eingegangen werden konnte (*Hilpold* 2008). Insgesamt kommt es also zu einer Marktintegration, deren Art der politischen Regulierung weitreichende Konsequenzen aufwirft. Das macht die Annahme hoch

plausibel, dass ein Pfadbeginn in einer anderen Freiheit als der Warenverkehrsfreiheit zu einer weniger extensiven Interpretation geführt hätte.

4. Schlussbemerkung

Der Binnenmarkt als Herzstück der europäischen Integration erfährt in der Europafor- schung relativ wenig Aufmerksamkeit.¹¹ Die Forschung konzentriert sich entweder auf die spezielleren Politikfelder, insbesondere die Umwelt- oder die Sozialpolitik (*Franchi- no* 2005), oder auf die Entwicklung der politischen Institutionen, die Integrationstheorie sowie, verstärkt in den letzten Jahren, auf normative Fragen der Legitimation und des Demokratiedefizits.

“Somewhat paradoxically, the growing emphasis upon the need for effective ‘political’ direction or governance within Europe may thus be argued to have distracted attention from what is, at one and the same time, the root cause of Europe’s putative ‘democracy deficit’ and the primary arena of continuing European integration: i.e. the Internal Market” (*Everson* 2002, S. 155).

Die Auseinandersetzung um die Dienstleistungsrichtlinie hat die politische Aufmerksam- keit wieder mehr auf den Binnenmarkt gelenkt. Die Stärkung des Herkunftslandprinzips im Dienstleistungshandel kann, verbunden mit der gewachsenen wirtschaftlichen Hetero- genität nach der Osterweiterung, erhebliche Verteilungsfolgen haben. Für eine solche Umverteilung ist die Europäische Union aber unzureichend legitimiert, da die kollektive Identität fehlt (*Scharpf* 2009).

In diesem Aufsatz habe ich versucht zu erklären, wieso sich der Binnenmarkt in eine Richtung entwickelt, die Verteilungsfragen solchen Ausmaßes aufwirft. Ausgehend von der Annahme, dass Mitgliedstaaten vergleichbare Regulierungsziele mit unterschiedli- chen Maßnahmen verfolgen, hat der EuGH, politisch unterstützt von der Binnenmarktini- tiative, die Warenverkehrsfreiheit ab den späten 1970er Jahren als Verpflichtung zur ge- genseitigen Anerkennung interpretiert.

Bei Dienstleistungen führt diese Form der Abgrenzung zwischen Rechtsordnungen zu erheblichen Verteilungswirkungen. Ähnliches kann für die Niederlassungsfreiheit und die Freizügigkeit nachgewiesen werden. Ich argumentiere, dass die in der Warenverkehrs- freiheit etablierte Interpretation für verschiedene Akteure als „focal point“ dient, so dass ein pfadabhängiger Prozess in Gang gesetzt wird. So wird die im Warenverkehr gefunde- ne Ausgestaltung der Grundfreiheit auf andere Bereiche übertragen, obwohl sich dort er- hebliche Umverteilungsfolgen ergeben. Positive Verstärkungen resultieren aus dem Inter- esse mobiler Akteure, die für sie günstigste Rechtsordnung zu wählen und deshalb eine analog zur Warenverkehrsfreiheit erfolgende Abgrenzung der Rechtsordnungen auf dem Rechtswege einzufordern. Dies wird unterstützt vom Interesse europäischer Institutionen an der Implementierung des Europarechts. Von Seiten der EU-Institutionen wird gleich- zeitig eine Verbesserung der Legitimation der supranationalen Ebene durch die Stärkung individueller, europäischer Rechte erhofft. Schließlich wird eine einheitliche, analog zur Warenverkehrsfreiheit erfolgende Interpretation der Grundfreiheiten dogmatisch von der an der Einheit des Rechts orientierten Rechtswissenschaft gestützt und durch die Bedeu- tung von Präzedenzfällen in der Rechtsprechung gefördert.

Trotz der bei Dienstleistungen deutlichen – und von zahlreichen Mitgliedsstaaten als problematisch empfundenen – Verteilungsfolgen ist es kaum möglich, die Übertragung

dieser Interpretation zu verhindern. Politisch müssten sich die Mitgliedstaaten einstimmig auf eine entsprechende Vertragsänderung einigen, was höchst voraussetzungsvoll ist und dem EuGH viel Spielraum in seinen Urteilen bietet. Obwohl man davon ausgehen kann, dass auch der EuGH darum bemüht sein wird, durch seine Urteile das Legitimationsproblem der EU nicht noch zu verstärken, arbeitet er unter strukturellen Bedingungen, die eben dies leicht zur Folge haben.

Inwieweit ist es sinnvoll, für diese Entwicklung das Konzept der Pfadabhängigkeit aufzugreifen? Hiermit lassen sich besonders gut die sich selbst verstärkenden Momente einer Entwicklung analysieren. Dabei sind Pfadwechsel aber nicht ausgeschlossen. Das zeigt der Verlauf der Rechtsprechung, der immer wieder Änderungen aufweist und sich für Kläger und Beklagte keinesfalls eindeutig vorhersehbar entwickelt. Wo der EuGH in einem bestimmten Fall die Abgrenzung zwischen Grundfreiheit und Ausnahmen zieht, ist für die Beteiligten durchaus unsicher. Eventuelle Pfadbrüche werden aber vor allem im Rechtssystem initiiert und sind politisch kaum zu beeinflussen. Das Pfadabhängigkeitskonzept verweist so, anders als bei Anwendungen im Bereich technischer Standards, zwar nicht notwendigerweise auf eine ineffiziente oder suboptimale, sehr wohl aber auf eine in wachsendem Maße politisch schwer zu akzeptierende Rechtsprechung und erklärt, weshalb diese Entwicklung politisch kaum zu bearbeiten ist.

Während in den Internationalen Beziehungen mit der Stärkung der internationalen Gerichtsbarkeit häufig große Hoffnungen zur Bekämpfung der internationalen Anarchie verknüpft sind (*Zangl* 2005), zeigt die Entwicklung in der EU deutlich die Kehrseite auf. Ohne eine sehr handlungsfähige Legislative ist eine starke supranationale Gerichtsbarkeit problematisch. Ob vergleichbare Entwicklungen auch bei anderen internationalen Gerichten zu beobachten sind, ist eine Forschungsfrage, deren Beantwortung erst am Anfang steht (*Alter* 2009).

Anmerkungen

- 1 Dieser Aufsatz baut auf Arbeiten auf, die teilweise noch am Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung entstanden und verbindet sie mit neueren Überlegungen, die aus dem Projekt A6 des Sonderforschungsbereichs „Staatlichkeit im Wandel“ an der Universität Bremen resultieren. Ich danke der DFG für die großzügige Förderung und den Kollegen am Sfb, insbesondere *Michael Blauburger*, *Philipp Genschel*, *Rike Krämer* und *Tilman Krüger* für Kommentare! *Moritz Günnel*, *Charlotta Cordes* und *Anna-Lena Lilie* haben mich als studentische Hilfskräfte unterstützt. Ich habe außerdem sehr von der Diskussion in unserem A-Säulen-Kolloquium am Sfb profitiert sowie von den Hinweisen von *Martin Höpner*, *Waltraud Schelkle*, *Raymund Werle* und dem anonymen Gutachter der dms. Ganz besonders möchte ich *Fritz Scharpf* danken!
- 2 Siehe *Scharpf* (2008) sowie *Roman Herzog* und *Lüder Gerken*: Stoppt den Europäischen Gerichtshof. FAZ 8.9.2008.
- 3 Da die Kapitalverkehrsfreiheit bis zum Maastrichter Vertrag von der Direktwirkung ausgenommen war, wird sie in diesem Aufsatz nicht weiter verfolgt.
- 4 Auch das Verhalten der Kommission ist wichtig. Wären aber private Akteure gar nicht interessiert, würde die Unterstützung der Kommission auf Dauer nicht ausreichen.
- 5 Unter Zuhilfenahme der Erweiterten Suchfunktion von EUR-Lex wurde für den entsprechenden Zeitraum jeweils nach den oben genannten Freiheiten in Zusammenhang mit Vorabentscheidungsverfahren einerseits und Vertragsverletzungsklagen andererseits gesucht. Schadensersatzklagen, Nichtigkeitsklagen, Beamtenklagen, Untätigkeitsklagen und Anträge auf Gutachten blieben hier unberücksichtigt.
- 6 Ich danke *Ulrike Liebert* und *Tatjana Evas* dafür, dass sie mich auf diese Fälle aufmerksam gemacht haben.

- 7 Es wurde mittels der Erweiterten Suchfunktion jeweils nach einer der vier Grundfreiheiten gesucht und davon ausgehend wurden die entsprechenden Urteile im Zeitraum von 1990-2008 daraufhin überprüft, ob in ihnen andere Grundfreiheiten in den Schlüsselbegriffen und Leitsätzen erwähnt werden.
- 8 Dabei soll hier nicht erörtert werden, inwieweit nationale Regulierungen selbst Ergebnis von „regulatory capture“ sind, weshalb den Gegnern nur der Umweg über die europäische Ebene bleibt. Mir geht es hier um die empirische Analyse des Einflusses der Rechtsprechung auf die materielle Politik und nicht um die normative Bewertung dieses Outcomes. Selbst wenn aus der Rechtsprechung „effiziente“ Policies resultieren, wie es die Law and Economics Literatur behauptet (*Fon/Parisi/Depoorter* 2005), schlägt der Verlust politischer Selbstbestimmung auf nationaler Ebene negativ zu Buche.
- 9 Art. 27 § 5 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs unter http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/txt5_2008-09-25_11-58-42_344.pdf [29.03.2010].
- 10 Dazu zählen Anforderungen zur Registrierung, von Ausrüstungsgegenständen, verwendeten Materialien und zur Vertragsgestaltung zwischen Dienstleistungserbringer und -empfänger.
- 11 Siehe bspw. den Reader von *Heinelt/Knodt* (2008), der den Forschungsstand der Politikfeldforschung in der EU dokumentiert, aber den Binnenmarkt nicht eigenständig behandelt.

Literatur

- Alter, Karen J.*, 2009: *The European Court's Political Power. Selected Essays*, Oxford: Oxford University Press.
- Alter, Karen J./Meunier-Aitsahalia, Sophie*, 1994: Judicial Politics in the European Community. European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision, in: *Comparative Political Studies*, 26, S. 535-561.
- Bellamy, Richard*, 2008: The Democratic Constitution: Why Europeans Should Avoid American Style Constitutional Judicial Review, in: *European Political Science*, 7, S. 9-20.
- Beyer, Jürgen*, 2005: Pfadabhängigkeit ist nicht gleich Pfadabhängigkeit! Wider den impliziten Konservatismus eines gängigen Konzepts, in: *Zeitschrift für Soziologie*, 34, S. 5-21.
- Caranta, Roberto*, 2008: On Discretion, in: *Prechal, Sacha/Roermund, Bert Van* (Hrsg.), *The Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford: Oxford University Press, S. 185-215.
- David, Paul A.*, 1985: Clio and the Economics of QWERTY, in: *American Economic Review*, 75, S. 332-337.
- Davies, Gareth*, 2007: *Services, Citizenship, and the Country of Origin Principle*, Mitchell Working Paper Series 2/2007, Edinburgh: Edinburgh Europa Institute.
- Dobler, Philipp*, 2008: Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: *Roth, Günter H./Hilpold, Peter* (Hrsg.), *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedsstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten*, Wien: Linde, S. 509-560.
- Editorial Comments*, 2008: The Court of Justice in the Limelight – again, in: *Common Market Law Review*, 45, S. 1571-1579.
- Egan, Michelle P.*, 2001: *Constructing a European Market. Standards, Regulation, and Governance*, Oxford: Oxford University Press.
- Everson, Michelle*, 2002: Adjudicating the Market, in: *European Law Journal*, 8, S. 152-171.
- Fon, Vincy/Parisi, Francesco/Depoorter, Ben*, 2005: Litigation, Judicial Path-Dependence, and Legal Change, in: *European Journal of Law and Economics*, 20, S. 43-56.
- Franchino, Fabio*, 2005: The Study of EU Public Policy, in: *European Union Politics*, 6, S. 243-252.
- Freitag, Robert*, 1999: Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 10, S. 267-270.
- Garrett, Geoffrey/Kelemen, Daniel R./Schulz, Heiner*, 1998: The European Court of Justice, National Governance, and Legal Integration in the European Union, in: *International Organization*, 52, S. 149-176.
- Garrett, Geoffrey/Weingast, Barry R.*, 1993: Ideas, Interests, and Institutions: Constructing the European Community's Internal Market, in: *Goldstein, Judith/Keohane, Robert O.* (Hrsg.), *Ideas and Foreign Policy. Beliefs, Institutions and Political Change*, Ithaca/NY: Cornell University Press, S. 173-206.

- Gerhardt, Michael J.*, 2005: The Limited Path of Dependency of Precedent, in: *Journal of Constitutional Law*, 7, S. 903-1000.
- Greener, Ian*, 2005: The Potential of Path Dependence in Political Studies, in: *Politics*, 25, S. 62-72.
- Haltern, Ulrich*, 2005: Das Janusgesicht der Unionsbürgerschaft, in: *Swiss Political Science Review*, 11, S. 87-117.
- Hathaway, Oona A.*, 2003: Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System, in: *Public Law and Legal Theory Research Paper*. Online verfügbar unter: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=lepp_papers>, Stand: 11.8.2010.
- Hatzopoulos, Vassilis*, 2000: Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services, in: *Common Market Law Review*, 37, S. 43-82.
- Heinelt, Hubert/Knodt, Michèle*, 2008: Politikfelder im EU-Mehrebenensystem, Baden-Baden: Nomos.
- Hilpold, Peter*, 2008: Unionsbürgerschaft und Bildungsrechte oder: Der EuGH-Richter als „Künstler“, in: *Roth, Günter H./Hilpold, Peter* (Hrsg.), *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedsstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten*, Wien: Linde, S. 11-54.
- Hoor, Gerd*, 1999: Das Centros-Urteil des EuGH und seine Auswirkungen auf die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts, in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2, S. 984-986.
- Höpner, Martin*, 2010: Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung. Ein Vorschlag zur Unterscheidung von Stufen der Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH), in: *der moderne staat*, 1, S. 165-185.
- Höpner, Martin/Schäfer, Armin*, 2010: A New Phase of European Integration. Organised Capitalisms in Post-Ricardian Europe, in: *West European Politics*, 33, S. 344-368.
- Joerges, Christian/Rödl, Florian*, 2008: Das soziale Defizit des Europäischen Integrationsprojekts, in: *Kritische Justiz*, 41, S. 149-165.
- Kassim, Hussein/Menon, Arnand*, 2003: The Principal-Agent Approach and the Study of the European Union: Promise Unfulfilled?, in: *Journal of European Public Policy*, 10, S. 121-139.
- Keeling, David*, 1998: In Praise of Judicial Activism. But what Does it Mean? And Has the European Court of Justice ever Practised it?, in: *Seminario Giuridico della Università di Bologna* (Hrsg.), *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, S. 505-536.
- Kelemen, Daniel R.*, 2001: The Limits of Judicial Power: Trade-Environment Disputes in the GATT/WTO and the EU, in: *Comparative Political Studies*, 34, S. 622-650.
- Kelemen, Daniel R.*, 2006: Suing for Europe. Adversarial Legalism and European Governance, in: *Comparative Political Studies*, 39, S. 101-127.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, 2007: *Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie*, Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichung der Europäischen Gemeinschaften.
- Lenaerts, Koen/Corthaut, Tim*, 2008: Towards an Internally Consistent Doctrine on Invoking Norms of EU Law, in: *Prechal, Sacha/Roermund, Bert Van* (Hrsg.), *The Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford: Oxford University Press, S. 495-515.
- Maduro, Miguel P.*, 2007: So Close and yet so Far: the Paradoxes of Mutual Recognition, in: *Journal of European Public Policy*, 14, S. 814-825.
- Mahoney, James*, 2000: Path Dependence in Historical Sociology, in: *Theory and Society*, 29, S. 507-548.
- Mankowski, Peter*, 2004: Wider ein Herkunftslandprinzip für Dienstleistungen im Binnenmarkt, in: *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 24, S. 385-395.
- McCown, Margaret*, 2003: The European Parliament before the Bench: ECJ Precedent and EP Litigation Strategies, in: *Journal of European Public Policy*, 10, S. 974-995.
- Nicolaïdis, Kalypso/Schmidt, Susanne K.*, 2007: Mutual Recognition 'On Trial': The Long Road to Services Liberalization, in: *Journal of European Public Policy*, 14, S. 717-734.
- Oliver, Peter/Enchelmaier, Stefan*, 2007: Free Movement of Goods: Recent Developments In The Case Law, in: *Common Market Law Review*, 44, S. 649-704.
- Oliver, Peter/Roth, Wulf-Henning*, 2004: The Internal Market and the four Freedoms, in: *Common Market Law Review*, 41, S. 407-441.

- Pierson, Paul*, 2000: Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics, in: *American Political Science Review*, 94, S. 251-267.
- Pollack, Mark A.*, 1996: The New Institutionalism and EC Governance: The Promise and Limits of Institutional Analysis, in: *Governance*, 9, S. 429-485.
- Reich, Norbert*, 1994: The "November Revolution" of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited, in: *Common Market Law Review*, 31, S. 459-492.
- Riese, Christoph/Noll, Paul*, 2007: Europarechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte der Inländerdiskriminierung, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 26, S. 516-521.
- Roth, Günter H.*, 2008: Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedsstaaten: Zusammenfassung und Schlussfolgerungen, in: *Roth, Günter H./Hilpold, Peter* (Hrsg.), *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedsstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten*, Wien: Linde, S. 561-608.
- Roth, Wulf-Henning*, 2002: The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services: Is Keck Relevant?, in: *Andenas, Mads/Roth, Wulf-Henning* (Hrsg.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford: Oxford University Press, S. 1-24.
- Scharpf, Fritz W.*, 2008: „Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen“, in: *Magazin Mitbestimmung*, 07+08/2008, S. 18-23.
- Scharpf, Fritz W.*, 2009: Legitimacy in the Multilevel European Polity, in: *European Political Science Review*, 1, S. 173-204.
- Schelling, Thomas C.*, 1960: *The Strategy of Conflict*, London: Oxford University Press.
- Schmidt, Susanne K.*, 2007: Mutual Recognition as a New Mode of Governance, in: *Journal of European Public Policy*, 14, S. 667-681.
- Schmidt, Susanne K.*, 2009: When Efficiency Results in Redistribution. The Conflict over the Single Services Market, in: *West European Politics*, 32, S. 847-865.
- Shapiro, Martin/Stone Sweet, Alec*, 2002: *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford/New York: Oxford University Press.
- Steindorff, Ernst*, 1999: Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung, in: *Juristenzeitung*, 23, S. 1140-1143.
- Streeck, Wolfgang*, 2000: Vorwort: Europäische Sozialpolitik?, in: *Eichhorst, Werner*, *Europäische Sozialpolitik zwischen nationaler Autonomie und Marktfreiheit. Die Entsendung von Arbeitnehmern in der EU*, Frankfurt/Main: Campus-Verlag, S. 19-35.
- Tsebelis, George/Garrett, Geoffrey*, 2001: The Institutional Foundations of Intergovernmentalism and Supranationalism in the European Union, in: *International Organization*, 55, S. 357-390.
- Vauchez, Antoine*, 2008: 'Integration-through-Law' Contribution to a Socio-history of EU Political Commonsense, *EUI Working Papers RSCAS 2008/10*, Florence: European University Institute.
- Werle, Raymund*, 2007: Pfadabhängigkeit, in: *Benz, Arthur et al.* (Hrsg.), *Handbuch Governance. Theoretische Grundlagen und empirische Anwendungsfelder*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 119-131.
- Witte, Bruno de*, 2007: Setting the Scene: How Did Services get to Bolkestein, *Mitchell Working Paper Series 3/2007*, Edinburgh: Edinburgh Europa Institute.
- Zangl, Bernhard*, 2005: The Rule of Law: Internationalization and Privatization. Is There an Emerging International Rule of Law?, in: *European Review*, 13, S. 73-91.

Anschrift der Autorin:

Prof. Dr. Susanne K. Schmidt, Universität Bremen, BIGSSS, Celsiusstraße 1, FVG, Postfach 330 440, 28359 Bremen
E-Mail: skschmidt@uni-bremen.de